

Parecer em Consulta – Tribunal Pleno

Processo n.º: 932586

Natureza: Consulta

Órgão/Entidade: Controladoria Geral do Município de Ouro Preto

Consultante: Dalton e Silva Zanetti

Sessão: 03/12/2014

Relator: Conselheiro Wanderley Ávila

EMENTA: CONSULTA – TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – COMPOSIÇÃO DA COMISSÃO – SERVIDORES OCUPANTES DE CARGO EFETIVOS OU COMMISSIONADOS – POSSIBILIDADE.

Os servidores ocupantes de cargo efetivo e os ocupantes de cargo em comissão, mesmo aqueles de recrutamento amplo, podem compor a Comissão de Tomada de Contas Especial, observadas as seguintes condicionantes: (a) ser servidor público, titular de cargo ou emprego público, (princípio da imparcialidade); (b) não estar envolvido com os fatos apurados e não possuir qualquer interesse no resultado da tomada de contas especial (princípio da impessoalidade e moralidade); (c) o servidor não deve integrar o controle interno.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

36ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, realizada no dia 03/12/2014

Processo n.º: 932.586

Natureza: Consulta

Consultante: Dalton e Silva Zanetti, Controlador Geral do Município de Ouro Preto.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos de Consulta protocolizada nesta Casa em 11/09/2014 e distribuída a minha relatoria em 15/09/2014, formulada pelo Controlador Geral do Município de Ouro Preto, Dalton e Silva Zanetti, quanto à disposição do art. 8º da Instrução Normativa nº 03/2013.

Indaga o consultante acerca da possibilidade de servidor público ocupante de cargo comissionado formar Comissão de Tomada de Contas Especial.

Despachei os autos à Assessoria de Súmula, Jurisprudência e Consultas Técnicas, em 22/09/2014 (fl. 3), que se manifestou (fls. 04 a 07) no sentido de que não foram encontradas deliberações que enfrentassem os questionamentos suscitados pelo consulente, pelo que teria sido atendido o inciso V do art. 201-B do Regimento Interno desta Corte, requisito de admissibilidade para conhecimento da presente consulta, em 02 de outubro de 2014.

Em seguida, vieram-me os autos conclusos.

II – FUNDAMENTAÇÃO

PRELIMINARMENTE, no exercício do juízo de admissibilidade previsto no art. 210-B, do Regimento Interno, recebo a consulta para conhecê-la em tese, eis que o consulente está investido de legitimidade para consultar este Tribunal, a teor do disposto no art. 210, XI, do Regimento Interno, e a matéria tem repercussão operacional, inserindo-se na competência desta Corte. Os demais requisitos previstos no § 1º do art. 210 do Regimento Interno deste Tribunal também foram observados.

CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO LICURGO MOURÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

De acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

De acordo.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, SEBASTIÃO HELVECIO:

Também estou de acordo.

NA PRELIMINAR, APROVADO O VOTO DO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Assim, passo à análise meritória.

MÉRITO

1 - A tomada de contas especial está disciplinada no **TÍTULO II, “DA FISCALIZAÇÃO E DO CONTROLE”, Capítulo II, Sessão II - “ Da tomada de contas especial”,** que estabelece o seguinte:

Art. 47. A autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, adotará providências com vistas à instauração de tomada de contas especial para apuração dos fatos e quantificação do dano, quando caracterizadas:

I - omissão do dever de prestar contas;

II - falta de comprovação da aplicação de recursos repassados pelo Estado ou pelo Município;

III - ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos;

IV - prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que possa resultar dano ao erário.

§ 1º No caso de não cumprimento do disposto no “caput” deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão.

§ 2º Não atendida a determinação prevista no § 1º, o Tribunal, de ofício, instaurará a tomada de contas especial, sem prejuízo da aplicação das sanções previstas nesta Lei Complementar.

§ 3º Os elementos que integram a tomada de contas especial serão estabelecidos em ato normativo do Tribunal.

2 - O ato normativo próprio desta Corte que dispõe sobre os elementos que devem integrar a Tomada de Contas Especial é a Instrução Normativa nº 03/2013, *que estabelece os procedimentos da tomada de contas especial no âmbito dos órgãos e entidades das Administrações Diretas e Indiretas estaduais e municipais.*

Assim, em primeiro lugar, para responder à indagação do Consulente, cabe trazer a lume a redação disposta nos art. 8º e 9º:

Estabelece o art. 8º:

Art. 8º. A tomada de contas especial será conduzida por servidores públicos titulares de cargo ou emprego público, **de provimento efetivo**, organizados sob a forma de comissão ou mesmo individualmente, competindo-lhes a formalização e a instrução do procedimento.

Parágrafo único. Os membros da comissão ou o servidor a que se refere o *caput* serão designados mediante expedição de ato formal da autoridade competente, devidamente publicado, e **não poderão estar envolvidos com os fatos a serem apurados, possuir qualquer interesse no resultado da tomada de contas especial nem integrar o controle interno, devendo firmar declaração de que não se encontram impedidos de atuar no procedimento.** (grifos nossos)

Art. 9º A tomada de contas especial será realizada com **independência e imparcialidade**, cabendo à autoridade administrativa competente assegurar os meios necessários ao desenvolvimento dos trabalhos (grifos nossos).

3 - Em um segundo passo, cabe esclarecer as características do cargo efetivo, distinguindo-o do cargo em comissão.

Servidores efetivos, ou melhor dizendo, servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo, inserem-se no rol da categoria de servidores públicos titulares de cargo. Celso Antônio Bandeira de Mello, ao cuidar da classificação dos cargos públicos, em sua obra clássica “Curso de Direito Administrativo”, trata dos cargos classificáveis quanto à sua vocação para retenção dos ocupantes. De acordo com esse critério, os cargos dividem-se em: cargos de provimento em comissão, cargos de provimento efetivo e cargos de provimento vitalício, *conforme predispostos, respectivamente, a receber ocupantes transitórios, permanentes ou com uma garantia ainda mais acentuada de permanência. (...) Os cargos de provimento efetivo são os predispostos a receberem ocupantes de caráter definitivo, isto é, com fixidez. Constituem-se na torrencial maioria dos cargos públicos e são providos por concurso público de provas ou de provas e títulos.*¹

Nesse passo, com base na classificação dos cargos quanto à sua vocação para retenção de seus ocupantes, assim preconizada por Bandeira de Mello, se, de um lado, os cargos de provimento efetivo caracterizam-se pela permanência e ainda pela exigência de concurso público, os cargos em comissão são normalmente ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para designá-los, pois seus ocupantes podem deles ser exonerados livremente, *ad nutum*, sem necessidade de processo administrativo. Trata-se de outro aspecto importante, que o difere do cargo de provimento efetivo.

Os cargos em comissão podem ser ainda subdivididos em cargos de recrutamento amplo ou de recrutamento restrito, conforme previsto na lei que os criar. Os cargos de provimento em comissão de recrutamento restrito são ocupados por servidores públicos efetivos, admitidos mediante concurso públicos de provas, ou de provas e títulos. Distintamente, os cargos de provimento em comissão de recrutamento amplo dispensam, para sua nomeação, que a pessoa designada tenha vínculo efetivo com o serviço público.

A efetividade decorre do exercício pleno da titularidade do **cargo público efetivo**, por ser de natureza permanente, que se dá com a posse e entrada em exercício, ou por sua **transformação** de emprego para cargo.

4 - Verifica-se que, por meio da Instrução Normativa nº 03/2013 deste Tribunal, são estabelecidos alguns critérios para nortear a conduta do Administrador ao designar os

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Curso de Direito Administrativo*: Malheiros Editores, São Paulo, 2010.

membros da comissão que deverão conduzir a tomada de contas especial. Segundo essa norma, os membros da comissão de Tomada de Contas especial deverão preencher os seguintes requisitos básicos:

- (a) ser servidor público, titular de cargo ou emprego público, **de provimento efetivo** (princípio da impessoalidade);
- (b) não estar envolvido com os fatos apurados e não possuir qualquer interesse no resultado da tomada de contas especial (princípio da impessoalidade e moralidade).
- (c) o servidor não deve integrar o controle interno.

Tais critérios previstos na norma de controle e fiscalização desta Corte, **quanto ao perfil profissional dos apuradores da Tomada de Contas Especial**, encontram supedâneo, sobretudo, nos princípios da impessoalidade e moralidade, tendo por objeto assegurar a necessária imparcialidade dos servidores na condução dos trabalhos desse processo excepcional de natureza administrativa, reduzindo a possibilidade de injunções em favor ou contra os envolvidos. Esta é a regra. Contudo, penso, em tese, que não é inconteste e admite exceções.

Note-se, que o servidor efetivo, ocupante de cargo de provimento em comissão de recrutamento restrito poderá, observadas as demais condicionantes mencionadas no art. 8º da Instrução Normativa, compor a comissão de Tomada de Contas Especial. Conforme a Instrução Normativa *“a tomada de contas especial será conduzida por servidores públicos titulares de cargo ou emprego público, **de provimento efetivo.**”*

Lembro que, ao ocupar temporariamente o cargo em comissão, o servidor público efetivo, não perde a titularidade de efetivo, própria de seu cargo original.

Considero também que o vínculo de confiança próprio da relação entre a autoridade designante e o designado para ocupar cargo em comissão, seja ele de recrutamento amplo ou restrito, não é suficiente, para macular, por si só, o caráter impessoal dos membros da Comissão de Tomada de Contas Especial, e entendo que, excepcionalmente, desde que justificado expressamente pela autoridade designante, o servidor ocupante de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração poderá ser membro de comissão de tomada de contas especial. Explico: se, no órgão ou ente jurisdicionado os cargos em comissão estão ocupados por servidores efetivos, ou mesmo se dentre os servidores preparados para a tarefa, há servidores ocupantes de cargos em comissão, ainda que de recrutamento amplo que não guardam vínculo direto com o objeto da Tomada de Contas, nem com os envolvidos nas

irregularidades a serem apuradas, e ainda, não havendo outros servidores aptos a desempenhar a tarefa, com conhecimentos compatíveis com o nível de complexidade da Tomada de Contas, não vejo razão, em tese, para impedi-los de comporem a comissão.

Em suma, todos os servidores, inclusive os ocupantes de cargo efetivo devem preencher os requisitos da isenção, da impessoalidade, da moralidade e da independência, para que possam compor comissão de tomada de contas especial.

III – CONCLUSÃO

Respondendo, pois, objetivamente a consulta formulada pelo Consultante sobre a possibilidade de composição da comissão de tomada de contas especial por servidores ocupantes de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, respondo, em tese, à luz da Instrução Normativa nº 03/2013, que, **em regra**, somente os servidores ocupantes de cargo efetivo devem compor a comissão de tomada de contas especial, observadas as seguintes condicionantes:

- (a) ser servidor público, titular de cargo ou emprego público, **de provimento efetivo** (princípio da imparcialidade);
- (b) não estar envolvido com os fatos apurados e não possuir qualquer interesse no resultado da tomada de contas especial (princípio da impessoalidade e moralidade);
- (c) o servidor não deve integrar o controle interno.

Excepcionalmente, porém, a autoridade competente para designar os membros da comissão de tomada de contas especial, desde que motivadamente, poderá designar servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão, mesmo aqueles de recrutamento amplo, quando não existirem no órgão ou entidade, servidores efetivos suficientes ou com formação e preparo específicos para a realização da tarefa.

É como respondo a Consulta.

CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO LICURGO MOURÃO

Senhor Presidente, eu gostaria de sugerir ao Relator uma modificação no item “a” da resposta à Consulta, por entender que o art. 8º da Instrução Normativa nº 03/2013, utilizado para fundamentar a resposta, parcialmente, à Consulta, viola a Constituição da República, uma vez que estabelece fator de *discrímen* entre servidores efetivos e comissionados, não suportado

pela Constituição Federal, violando o princípio da isonomia, previsto no art. 5º da Constituição da República.

Assim, meu voto é no sentido de que tanto servidores efetivos quanto aqueles ocupantes de cargo em comissão de recrutamento amplo podem compor, sim, a Comissão de Tomada de Contas Especial, em razão da ausência de impeditivo legal ou constitucional. Ora, são servidores admitidos de forma clara, posta de acordo com o texto constitucional, sujeitos ao mesmo regime jurídico, ou seja, o Estatuto dos Servidores, portanto detentores dos mesmos direitos e dos mesmos impedimentos e obrigações legais, razão pela qual não vejo o porquê de sustentar esse fator restritivo e discriminatório.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, SEBASTIÃO HELVECIO:

Indago ao nobre Conselheiro Relator sobre seu posicionamento.

CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO LICURGO MOURÃO:

Na verdade, quando Vossa Excelência elencou, na alínea "a", a expressão "de provimento efetivo". Acho que a redação mais apropriada com o texto constitucional seria: "ser servidor público, titular de cargo ou emprego público (princípio da imparcialidade)". É retirar essa restrição tão somente a cargo de provimento efetivo, porque não tem supedâneo constitucional, no meu entender.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, não vejo necessidade de ser feita essa alteração, mas também não vai haver prejuízo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, SEBASTIÃO HELVECIO:

Se Vossa Excelência estiver de acordo com a retirada da expressão "de provimento efetivo", contempla os dois pensamentos.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Estou de acordo. Pode.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

De acordo.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

De acordo.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, SEBASTIÃO HELVECIO:

Também estou de acordo.

PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES:

Pela ordem, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, SEBASTIÃO HELVECIO:

Com a palavra.

PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES:

A parte final do voto do Relator terá que ser também modificada, porque considera que servidores detentores de cargos em comissão poderiam ser, excepcionalmente, de forma motivada, designados para Comissão de Tomada de Contas. Então, se é entendimento do Tribunal que podem ser cargos comissionados ou efetivos ...

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Há a excepcionalidade.

PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES:

Sim, também não é mais excepcional.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, SEBASTIÃO HELVECIO:

Indago ao nobre Relator se está de acordo em retirar a expressão da excepcionalidade, porque aí ficaria coerente com a modificação anterior.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Nós estamos sendo alertados de que isso consta da Instrução Normativa.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, SEBASTIÃO HELVECIO:

Na verdade, o que o nobre Conselheiro Licurgo traz é esse conflito entre a Instrução Normativa e a Constituição, porque o direito realmente é para todos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Concordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, SEBASTIÃO HELVECIO:

Então nós retiraríamos a expressão *excepcionalmente*, conforme bem lembrou o nosso Procurador-Geral, para que o texto seja adaptado ao comando. Ou melhor: acho que, na verdade, poderíamos retirar esse parágrafo final, de *excepcionalmente até tarefa*.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Sim, não tem por quê, uma vez que foi levantado pelo Conselheiro justamente essa questão.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, SEBASTIÃO HELVECIO:

APROVADO, POR UNANIMIDADE, O PARECER DO RELATOR, QUE ACOLHEU A SUGESTÃO DO CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO LICURGO MOURÃO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

ECR/